

525914844

REFLEXÕES SOBRE A NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (ARTS. 1º AO 7º) – LEI Nº 12.016, DE 7 DE AGOSTO DE 2009

José Augusto Delgado

Sumário: **1** Introdução. Generalidades – **2** A necessidade de a nova lei de mandado de segurança ser visualizada pelos métodos contemporâneos de interpretação jurídica – **3** O art. 1º da Lei nº 12.016/2009 – **4** O §1º do art. 1º da Nova Lei do Mandado de Segurança – **5** O §2º do art. 1º da Nova Lei do Mandado de Segurança – **6** O §3º do art. 1º da Nova Lei do Mandado de Segurança – **7** O art. 2º da Nova Lei do Mandado de Segurança – **8** O art. 3º e o seu parágrafo único da Nova Lei do Mandado de Segurança – **9** O art. 4º e os seus §§1º, 2º e 3º da Nova Lei do Mandado de Segurança – **10** O art. 5º da Nova Lei do Mandado de Segurança – **11** O art. 6º e seus parágrafos da Nova Lei do Mandado de Segurança – **12** O art. 7º, seus incisos e parágrafos da Nova Lei do Mandado de Segurança – **13** Breves considerações doutrinárias sobre a liminar em mandado de segurança – **14** Conclusão

1 Introdução. Generalidades

Foi incorporada, em 10.08.2009, com a publicação no *Diário Oficial da União*, ao nosso ordenamento jurídico positivo, a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, que introduziu uma disciplina atualizada ao mandado de segurança individual e coletivo. A sua vigência foi imediata, isto é, a contar da data de sua publicação no *Diário Oficial da União*, resultando em determinar a revogação das Leis nºs 1.533, de 31 de dezembro de 1951, 4.166, de 4 de dezembro de 1962, 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966; do art. 3º da Lei nº 6.014,

de 27 de dezembro de 1973, do art. 1º da Lei nº 6.071, de 3 de julho de 1974, do art. 12 da Lei nº 6.978, de 19 de janeiro de 1982, e do art. 2º da Lei nº 9.259, de 9 de janeiro de 1996.

O quadro regulador formado pela lei mencionada reflete posicionamento de que a disciplina do mandado de segurança individual e coletivo está, hoje, concentrada nos 28 (vinte e oito) artigos do mencionado diploma legal, fato que gera a consequência de necessitar adaptar os regimentos dos tribunais e das leis de organização judiciária às disposições do novo regramento, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da sua publicação.

Desde logo, registramos que o Executivo, usando das prerrogativas que lhe são concedidas pela Constituição Federal, vetou três disposições aprovadas pelo Poder Legislativo, com base em fundamentos expostos na Mensagem nº 642, de 7 de agosto de 2009, do teor seguinte.

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do §1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 125, de 2006 (nº 5.067/01 na Câmara dos Deputados), que “Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências”.

Ouvido, o Ministério da Justiça manifestou-se pelo veto aos seguintes dispositivos:

Parágrafo único do art. 5º

‘Art. 5º (...)

Parágrafo único. O mandado de segurança poderá ser impetrado, independentemente de recurso hierárquico, contra omissões da autoridade, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, após sua notificação judicial ou extrajudicial.’

Razão do veto

‘A exigência de notificação prévia como condição para a propositura do Mandado de Segurança pode gerar questionamentos quanto ao início da contagem do prazo de 120 dias em vista da ausência de período razoável para a prática do ato pela autoridade e, em especial, pela possibilidade da autoridade notificada não ser competente para suprir a omissão.’

§4º do art. 6º

‘Art. 6º (...)

§4º Suscitada a ilegitimidade pela autoridade coatora, o impetrante poderá emendar a inicial no prazo de 10 (dez) dias, observado o prazo decadencial.

(...)

Razão do veto

‘A redação conferida ao dispositivo durante o trâmite legislativo permite a interpretação de que devem ser efetuadas no correr do prazo decadencial de 120 dias eventuais emendas à petição inicial com vistas a corrigir a autoridade impetrada. Tal entendimento prejudica a utilização do remédio constitucional, em especial, ao se considerar que a autoridade responsável pelo ato ou omissão impugnados nem sempre é evidente ao cidadão comum.’

Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar os dispositivos acima mencionados do projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

De início, registamos a salutar providência de o mandado de segurança (individual e coletivo) receber disciplina concentrada em um único diploma legal, afastando, conseqüentemente, as dificuldades até então enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência em ter de analisar várias leis existentes para essa finalidade.

A opção do legislador, na verdade, contribui para que seja dada uma interpretação mais uniforme e sistêmica aos procedimentos a serem aplicados aos referidos institutos, impondo, assim, um grau de segurança jurídica mais elevado à entrega da prestação jurisdicional no que se refere a assegurar o direito fundamental de ser protegido direito líquido e certo do cidadão, quando atacado por ato ilegal ou abusivo de autoridade administrativa.

Concentramos nossas atenções no fato de que a Lei nº 12.016/2009 contém, em seu bojo, disposições da Constituição da República, art. 5º, incs. LXIX e LXX, da Lei nº 1.533/1951, da Lei nº 2.770/56, da Lei nº 4.348/64 (as três últimas revogadas), e, ainda, utilizou-se de súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, além de consolidar posicionamentos doutrinários.

Não merece censura ter o legislador optado por ter mantido a essência redacional de muitos artigos da legislação até então vigente. O mérito está na consolidação do que estava disciplinado de modo posto em vários dispositivos legais e no acolhimento do que vinha pregando a jurisprudência e a doutrina sobre o mandado de segurança.

2 A necessidade de a nova lei de mandado de segurança ser visualizada pelos métodos contemporâneos de interpretação jurídica

É conhecida a afirmação doutrinária de que a interpretação do direito é um fenômeno que se desenvolve circulado por influências de

interesses filosóficos, materiais e subjetivos que necessitam se apresentar compatíveis com o momento em que a norma é chamada para resolver o conflito a que ela se destina solucionar.

Diante dessa complexidade de posicionamentos a serem adotados por quem tem a missão legal de interpretar e de aplicar a lei, há de ser bem compreendida a distância que muitas vezes é identificada entre a realidade vivenciada pelas partes e a positividade emanada do texto positivado da norma.

A Nova Lei do Mandado de Segurança, por se tratar de disciplina imposta para assegurar um dos direitos fundamentais do cidadão, o de não ser submetido a atos administrativos praticados por meio de condutas ilícitas, com abuso de autoridade ou de poder, envolve, conseqüentemente, problemas de intensa importância política e social, que passam pela adoção de métodos e de soluções interpretativas que se adaptem às exigências dos variados segmentos integrantes do meio onde o homem está desenvolvendo as suas aptidões de afirmação da sua cidadania, sempre buscando a proteção dos direitos que lhe são assegurados pela Carta Magna.

A interpretação da Nova Lei do Mandado de Segurança, com base nas regras impostas pelo realismo jurídico, não atende às inquietudes atuais da sociedade que se movimenta para gozar de uma eficácia e uma efetividade do direito que assegure amplo apoio à execução real do que lhe é fundamental: a guarda dos direitos subjetivos que cada um dos seus membros possui.

Diante de tais reflexões, surge a pergunta: qual o objetivo central de se interpretar o direito? Há duas correntes tentando responder a essa pergunta: a primeira afirma, o que entendemos com absoluta razão, que a interpretação é um processo volitivo, isto é, que decorre da vontade do ser humano; a segunda corrente toma posicionamento no sentido de que interpretar é seguir dois caminhos: o de desvendar o sentido moralista da norma ou o de se vincular ao positivismo que ela exprime.

As relações entre os seres humanos e destes com as instituições jurídicas devem ser praticadas sob a proteção da segurança na aplicação da norma positivada, o que exige que as regras de direito a elas aplicadas submetam-se a um regime de interpretação compatível com os ideais perseguidos pelo constitucionalismo do século XXI, que tem como base o respeito à dignidade humana e a valorização da cidadania.

Os propósitos dessa nova postura de visão sobre a aplicação da norma legislada, com a extensão que a eles é dada, nos leva a considerar que o direito da atualidade não se satisfaz plenamente quando interpretado pelos limites das regras instituídas pelos métodos clássicos: o da interpretação filológica ou gramatical; o da interpretação lógica ou

sistemática; o da interpretação histórica; e o da interpretação teleológica. Está a necessitar de outros métodos que produzam resultados compatíveis com as necessidades da cidadania e imponham a adoção de segurança jurídica mais efetiva e eficaz.

Com a evolução dos relacionamentos privados e públicos praticados pelas pessoas físicas e jurídicas, onde a força dos fatos consumados tornou-se uma realidade a ser protegida, em homenagem à segurança jurídica, a ciência do direito passou a adotar, além dos métodos convencionais de interpretação, os denominados de não convencionais. Estes são os seguintes:

- a) o método tópico-problemático, que privilegia o problema — e não a norma ou o sistema — a ser solucionado pela atividade interpretativa;
- b) o método concretista, pregado por Peter Häberle, que conduz o hermeneuta a procurar entender de modo concreto a situação a ele posta, considerando que o texto normativo possui mais relevância do que o problema;
- c) o método científico-espiritual ou valorativo, que determina uma interpretação baseada em valores subjacentes ao texto legal, defendendo a ideia de a interpretação objetiva compreender o sentido e a realidade de uma norma, mais do que dar resposta ao sentido dos conceitos da lei;
- d) o método normativo-estruturante, que investiga as várias funções da realização do direito, a fim de resolver um problema prático a partir do texto da norma. “O seu elemento decisivo é a não-identidade entre normas e texto-normativo, pois, por meio deste, capta-se uma parte da realidade social que o texto da lei não consegue abrigar. Do confronto entre ambos, a atividade interpretativa desenvolver-se-á no sentido de encontrar uma solução prática que se adapte às várias funções do direito na sociedade, tais como: a harmonia do sistema jurídico (legislação), a administração da sociedade e o exercício da jurisdição”, conforme pregam doutrinadores que o defendem.

É nesse ambiente interpretativo que devemos considerar como envolvida “a Nova Lei do Mandado de Segurança”, a fim de que os fenômenos jurídicos decorrentes dos atos administrativos praticados pelas autoridades públicas sejam submetidos aos desígnios determinados pela Constituição Federal. As complexidades por eles geradas, quando se apresentam enlaçados por conflitos provocados pelos agentes atores de sua consumação, exigem que sejam compreendidos dentro de um contexto circulado por paradigmas que os tornem compreensíveis e harmonizados com os direitos fundamentais.

O direito sempre foi e será construído com vinculação ao postulado que o homem, desde as suas origens, enunciou e enuncia juízos morais. Estes juízos, portanto, compõem a sua linguagem. O magistrado, portanto, quando provocado para interpretar regras jurídicas, há de ter o máximo de atenção aos valores firmados pelo ordenamento jurídico que está vivenciando. Não se comporta como mero aplicador da lei, pois, pela função estatal que exerce, há de compreender o fato de que a sociedade vive em constantes movimentos de transformações que interagem com todos os acontecimentos decorrentes das relações humanas.

Armado o esquema anteriormente relatado, a doutrina e a jurisprudência dos dias atuais afirmam que a obrigação do juiz contemporâneo é retirar do sistema aberto instituído pelo ordenamento jurídico tudo aquilo que favoreça à aplicação da lei em ambiente de segurança jurídica, por criar estabilidade e confiabilidade.

A atividade interpretativa do juiz é, portanto, de natureza criativa e regida por comportamento de ponderação. A tarefa a que é constantemente chamado consiste em aplicar, de modo adequado, a lei a cada caso concreto, tendo como norte a vontade da Constituição Federal, evitando, assim, desvios de interpretação que caracterizam atentados ao direito posto.

Carlos Maximiliano, inspirado nessas condutas que a ciência jurídica impõe ao intérprete, escreveu: “As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 1).

Mas o direito não se exaure no ordenamento jurídico — que compreende a Constituição Federal, as leis complementares e ordinárias, as medidas provisórias, os regulamentos e os atos de competência interna de cada Poder, bem como as normas individualizadas e concretas (decisões judiciais, contratos, etc.). O direito é regido por princípios que devem necessariamente orientar o trabalho de interpretação e aplicação das normas vigentes. Eles dizem respeito essencialmente à segurança das relações jurídicas e à justiça das decisões. Torna-se indispensável conhecê-los. Eles são de fácil compreensão, porque simples e sintéticos,

porém não é suficiente o seu conhecimento. É fundamental assegurar a sua prevalência. Os princípios têm natureza sociocultural (e não metafísica) e são “a fonte básica e primária do próprio ordenamento jurídico”. Aham-se em parte constitucionalizados e têm hierarquia superior às demais disposições constitucionais e infraconstitucionais. No entrechoque dos interesses sociais, os intérpretes e aplicadores do direito ficam sob forte influência de fatores extrajurídicos. Os princípios é que podem e devem corrigir tais desvios e anomalias.

Vinculados aos limites do círculo científico imposto ao modo de se interpretar a norma jurídica, passamos a examinar o alcance dos arts. 1º ao 7º da Nova Lei do Mandado de Segurança. Os demais artigos serão estudados em outras oportunidades.

3 O art. 1º da Lei nº 12.016/2009

Dispõe o art. 1º da Lei nº 12.016/2009:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

O art. 1º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, revogada, determinava:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Temos, em face da nova legislação, as seguintes modificações introduzidas na disposição que define em que situações será ou não concedido mandado de segurança:

- a) o acréscimo de que não será concedido mandado de segurança quando se tratar de direito amparado por *habeas data*; o art. 1º da lei anterior só registrava a proibição quando o direito fosse protegido por *habeas corpus*;
- b) a substituição do vocábulo “alguém” contido no art. 1º da Lei nº 1.533/1951, pela expressão “qualquer pessoa física ou jurídica”.

A ordem de que o mandado de segurança não será concedido quando o direito líquido e certo for protegido por *habeas corpus* e por *habeas data*, conforme está na legislação atual, atende o disposto no art. 5º, incs. LXVIII, da Constituição Federal, que autoriza a utilização da referida garantia processual “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Da mesma forma, impõe o inc. LXXII, do art. 5º, da CF, que “conceder-se-á ‘habeas-data’: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

Se os direitos fundamentais do cidadão de não sofrerem ou de não serem ameaçados por qualquer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, já estão protegidos constitucionalmente por via processual própria, no caso o *habeas corpus*, não há permissibilidade de para tal ser utilizado o mandado de segurança.

O mesmo fenômeno acontece quando se tratar de proteção ao direito fundamental de ser assegurado ao cidadão o conhecimento de informações relativas à sua pessoa, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e/ou para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. Se a Constituição assegura o uso do *habeas data*, impedida está a via do mandado de segurança para igual fim.

Em síntese, reconhecemos que o art. 1º da Nova Lei do Mandado de Segurança pouco modificou a redação do art. 1º da antiga. Primeiramente, ele confirmou o seu cabimento para a proteção de “direito líquido e certo”, não amparado por *habeas corpus*, acrescentando a mesma proibição para *habeas data*, conforme já explicamos.

A seguir, o dispositivo em nada inovou quanto aos elementos definidores do ato coator, pelo que continua o entendimento de ser o praticado por autoridade pública de modo ilegal ou com abuso de poder e com efeito de violar ou ameaçar direito de alguém.

A concepção de o mandado de segurança ser ordinário e preventivo foi mantida. O primeiro é intentado para afastar violação consumada. O segundo é utilizado para afastar mera ameaça de prática de ato ilícito ou de abuso de poder contra o impetrante.

É considerada como positiva a menção expressa contida no art. 1º da nova lei de que a pessoa jurídica está, também, amparada pelo mandado de segurança nas mesmas situações outorgadas à pessoa física. Consagrou o referido artigo o entendimento jurisprudencial de que as

peças jurídicas também podem ser impetrantes, por a Constituição Federal não lhes impor qualquer restrição.

Devemos observar, contudo, que, de acordo com a doutrina e a jurisprudência firmadas sobre a capacidade ativa de impetração de mandado de segurança, temos um quadro jurídico composto por elementos que permitem concepção não restritiva, pelo que podemos, a respeito, afirmar que têm condições jurídicas de figuração no polo ativo do referido remédio constitucional as entidades seguintes:

- a) as pessoas físicas ou jurídicas, quer nacionais, quer estrangeiras, que sejam domiciliadas ou não no Brasil;
- b) as universalidades reconhecidas por lei, que embora sem personalidade jurídica, possuem capacidade processual para defesa de seus direitos, como o espólio, a massa falida, o condomínio de apartamentos, a herança, a sociedade de fato, a massa do devedor insolvente, etc.;
- c) os órgãos públicos de grau superior, dotados de independência, que embora não tenham personalidade jurídica, a eles são assegurados a via excepcional do *mandamus* para a defesa de suas prerrogativas e atribuições legais, como é o caso das Assembleias Legislativas, das Câmaras Municipais, dos Tribunais de Justiça, Ministério Público, etc.;
- d) os agentes políticos, quando forem violados no exercício das suas prerrogativas e atribuições.

O fato de o art. 1º da Nova Lei do Mandado de Segurança não haver explicitamente concedido tal autorização, conforme relata o seu teor, não afasta toda a construção doutrinária e jurisprudencial que a respeito foi firmada nos últimos anos.

O certo é que a legitimidade ativa para o mandado de segurança exige que o titular seja possuidor de direito subjetivo líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão por parte de qualquer agente investido de funções estatais.

Algumas peculiaridades devem ser consideradas a respeito da legitimação ativa para o mandado de segurança. Ei-las:

- a) a legitimidade ativa para o mandado de segurança é exclusiva do titular da pretensão;
- b) o direito líquido e certo pretendido amparar não poder ser substituído por outro tipo de reparação.
- c) a impetração tem, portanto, caráter personalíssimo.
- c) o mandado de segurança deve ser extinto, sem resolução do mérito, no caso de ocorrer o falecimento do impetrante, por não ser permitido que os herdeiros se habilitem.
- d) os herdeiros podem, contudo, viabilizar a via ordinária para reivindicar os efeitos financeiros reflexos da impetração.

e) o impetrante pode desistir, independentemente da parte contrária, da impetração.

4 O §1º do art. 1º da Nova Lei do Mandado de Segurança

O referido dispositivo consagra o entendimento jurisprudencial de que no âmbito do polo passivo do mandado de segurança podem figurar “os representantes ou órgãos de partidos políticos, os administradores de entidades autárquicas” e os “dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público”.

Dispõe o referido regramento:

§1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

A redação da disciplina anterior sobre o mesmo assunto era a seguinte:

§1º Consideram-se autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções. (*Redação dada pela Lei nº 9.259, de 1996*)

O legislador substituiu o vocábulo “consideram-se”, presente no dispositivo anterior, por “equiparam-se”. Explicitou, ainda, que os representantes ou os órgãos dos partidos políticos são equiparados à autoridade coatora para fins de mandado de segurança, confirmando o entendimento jurisprudencial sobre o assunto.

Ocorreu, simplesmente, pela atual redação do §1º do art. 1º da Nova Lei do Mandado de Segurança, a adoção de um critério mais técnico para definir quem pode ser considerado, por equiparação, autoridade coatora. Consolidou, também, o que defende a doutrina e aponta a jurisprudência de que o sujeito passivo no mandado de segurança, no caso, é o dirigente da pessoa jurídica, e não esta. Deixou, também, bem claro que a equiparação só se concretiza quando o dirigente da pessoa jurídica ou da pessoa natural encontrar-se no exercício de atribuições do poder público.

É de ser lembrado que o Supremo Tribunal Federal, quanto ao último assunto, sumulou o seu entendimento: STF, Súmula nº 510: “Praticado

o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”.

No referente ao aspecto de, por equiparação, os representantes ou órgãos de partidos políticos serem considerados autoridades impetradas, devemos observar o que dispõe a *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, regulamentando os arts. 17 e 14, §3º, inc. IV, da Constituição Federal*.

Os partidos políticos, por disposição expressa da lei suprarreferida, são considerados pessoas jurídicas de direito privado, com objetivos específicos de “assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”.

De acordo com o art. 10 da mencionada lei, os órgãos de direção dos partidos políticos são constituídos por seus estatutos, sendo de âmbito nacional, estadual, municipal ou zonal.

Os seus representantes são, também, definidos em seus estatutos, tudo registrado no ofício civil competente, com cópia depositada, para o mesmo fim, no Tribunal Superior Eleitoral.

Os partidos políticos brasileiros, em regra, são dirigidos pelos órgãos seguintes:

- a) convenções partidárias nacionais, estaduais e municipais;
- b) diretórios nacionais, estaduais e municipais;
- c) conselho nacional;
- d) comissões executivas;
- e) comissões de ética e disciplina;
- f) conselhos fiscais;
- g) bancadas parlamentares;
- h) fundações;
- i) organismos representativos de movimentos sociais, etc.

Os partidos são representados em juízo e fora dele por seus presidentes, eleitos de conformidade com o disciplinado em seus estatutos.

Apontamos, com a finalidade de justificar a possibilidade de ser apresentado mandado de segurança contra órgãos ou representantes de partidos políticos, algumas decisões do Tribunal Superior Eleitoral, a saber:

- a) “Mandado de segurança. Partido político. Expulsão de filiado. Admissível a segurança contra a sanção disciplinar, se suprimida a possibilidade de o filiado disputar o pleito, por não mais haver tempo de filiar-se a outro partido político. Não há vício no ato que culminou com a expulsão quando, intimado de todas as fases do processo disciplinar, o filiado apresentou ampla defesa. As razões que moveram o partido a aplicar a sanção disciplinar

- constituem matéria *interna corporis*, que não se expõe a exame pela Justiça Eleitoral. Segurança denegada” (Ac. nº 2.821, de 15.08.2000, rel. Min. Garcia Vieira).
- b) “Partido político. 2. Expulsão de filiados. 3. Não cabe, desde logo, atacar o ato por via de mandado de segurança, diante dos termos da Lei nº 9.259/96, mas, sim, mediante os recursos previstos em estatuto partidário. 4. Ilegitimidade passiva *ad causam* do impetrado. 5. Inocorrência da hipótese especialíssima apreciada pelo TSE, no Recurso Ordinário nº 79/SC. 6. Recurso desprovido” (Ac. nº 225, de 08.09.1998, rel. Min. Néri da Silveira).
- c) “Mandado de segurança. Recurso ordinário. 2. Ato do Diretório Regional do PFL de Santa Catarina, consistente na expulsão e cancelamento da filiação partidária dos deputados estaduais, ora recorrentes. 3. Decisão do TRE que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, por não se considerarem autoridades os representantes ou órgãos dos partidos políticos, para efeito de mandado de segurança – §1º, art. 1º, Lei nº 1.533/1951, com a redação dada pela Lei nº 9.259/96. 4. Hipótese especialíssima em que o órgão partidário afastou a possibilidade de os recorrentes disputarem a eleição, por não mais haver tempo, antes do pleito, para se filiar a outro partido político. Caracteriza-se, na espécie, ato de autoridade pública, impugnável pela via do mandado de segurança. 5. Recurso conhecido e provido para que o TRE/SC julgue o mérito do mandado de segurança como entender de direito” (Ac. nº 79, de 09.06.1998, rel. Min. Eduardo Ribeiro, red. designado Min. Néri da Silveira).
- d) “Recurso em mandado de segurança. Filiações partidárias. Cancelamento. Ato administrativo. Cabimento de mandado de segurança. Recurso provido” (Ac. nº 59, de 24.06.1997, rel. Min. Eduardo Alckmin).
- e) “Declaração de nulidade de filiação partidária. Mandado de segurança. Admissibilidade” (Ac. nº 23, de 20.08.1996, rel. Min. Nilson Naves, red. designado Min. Eduardo Ribeiro; no mesmo sentido os acórdãos nºs 15 e 17, de 02.09.1996, rel. Min. Nilson Naves, e 31, de 05.09.1996, rel. Min. Francisco Rezek).
- f) “Recurso especial. Filiação. Duplicidade. Comunicação à Justiça Eleitoral. Ausência. Partido. Desídia. A falta de comunicação da desfiliação partidária à Justiça Eleitoral conduz a duplicidade de filiação (art. 22, parágrafo único, da Lei nº 9.096/95). Comprovadas, entretanto, a desfiliação de fato ocorrida há vários anos e a má-fé do partido abandonado, a dupla filiação não

se tipifica” *NE*: Pedido de exclusão de nome da relação de filiados do PTB. O partido político, intimado, ficou-se inerte, não se manifestando, também, por ocasião da sentença que reconheceu caracterizada a duplicidade de filiação. “Somente após o acórdão que afastou essa situação, o PTB compareceu aos autos para interpor recurso especial, pleiteando a duplicidade mencionada.” Afastamento da preliminar de ilegitimidade do recorrente (Ac. nº 21.664, de 09.09.2004, rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

- g) “Partido político. 2. Expulsão de filiados. 3. Não cabe, desde logo, atacar o ato por via de mandado de segurança, diante dos termos da Lei nº 9.259/96, mas, sim, mediante os recursos previstos em estatuto partidário. 4. Ilegitimidade passiva *ad causam* do impetrado. 5. Inocorrência da hipótese especialíssima apreciada pelo TSE, no Recurso Ordinário nº 79 – Santa Catarina. 6. Recurso desprovido” (Ac. nº 225, de 08.09.1998, rel. Min. Néri da Silveira).

5 O §2º do art. 1º da Nova Lei do Mandado de Segurança

O §2º do art. 1º da Nova Lei do Mandado de Segurança determina:

Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

O regime anterior aplicado ao mandado de segurança não continha nenhum regramento sobre o assunto.

A intenção do legislador está voltada para deixar bem claro que não cabe mandado de segurança contra atos de caráter privado praticados pelos administradores das sociedades de economia mista, das empresas públicas e das concessionárias de serviço público.

É de se ter atenção para bem se conceituar atos de gestão comercial. Estes são os de natureza essencialmente privada, isto é, que não tenham qualquer conteúdo de império estatal ou com essa força pelo exercício de função delegada.

Lembramos que, conforme entendimento posto na Súmula nº 333 do Superior Tribunal de Justiça, são considerados como atos de natureza pública, em face do rigorismo do princípio da legalidade e da moralidade, as exigências de licitação para as compras realizadas pelas sociedades de economia mista e empresas públicas. A referida súmula

determina: “STJ – Súmula 333 – Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública”.

Nenhuma alteração no entendimento destacado trouxe a Nova Lei do Mandado de Segurança.

Pensamos ser exagerada e sem apoio jurídico a crítica feita, ao referido dispositivo, por Luiz Fernando Gama Pellegrini, em “Mandado de Segurança. Lei nº 12.016 de 07.7.2009. Inconstitucionalidades. Considerações”,¹ ao afirmar:

O parágrafo 2º, do artigo 1º acima invocado assim dispõe: Parágrafo segundo: Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionários de serviço público. (grifei).

Essa disposição é nova em que constatamos a nosso ver uma heresia jurídica, no sentido de que o *mandamus* assegura direito líquido e certo em termos, afrontando o texto constitucional, em que o legislador ordinário cria (sic) hipótese de não incidência de norma constitucional cuja fundamentação (sic) para tanto é a ingerência dos poderes executivo e legislativo em seus três níveis, acobertando atos de gestão, ou melhor, abusos e ilegalidades praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e concessionários de serviço público, cujos desmandos poderão ser apurados mediante outros expedientes processuais, mas não pelo *mandamus*, o que a nosso ver é no mínimo um *nonsense* jurídico em um regime democrático, muito embora esse seja o interesse do poder público, no sentido de possível nada apurar ou pagar, e se necessário for postergar suas obrigações certamente para outras gerações.

O instrumento processual é usado para proteger aqueles que se vêm prejudicados ou ameaçados de uma maneira ou de outra, quando direitos e garantias constitucionais estão em jogo, e não como se legislou para proteger interesses governamentais em que os abusos são no mínimo diários, bastando para tanto atentar para o que a mídia divulga.

São fatos notórios e públicos. E assim sendo, cabe ao Poder Judiciário enfrentar essas aberrações jurídicas, sem medo e ciente de ser um Poder, no mesmo nível que os demais, pois no regime democrático é o único Poder que pode e deve refrear os desmandos, como última instância na garantia de direitos constitucionalmente assegurados.

¹ Artigo publicado no site <<http://www.jusvi.com/artigos/41594>>. Acesso em: 6 jan. 2009.

O mandado de segurança é medida processual concebida para proteger direito líquido e certo violado por ato de autoridade pública ou por quem o exerce de forma delegada. Não alcança os típicos atos de gestão que são cometidos por dirigentes da Administração indireta (empresas públicas e sociedade de economia mista) no mesmo plano das ações consumadas por particulares.

6 O §3º do art. 1º da Nova Lei do Mandado de Segurança

O §3º do art. 1º da Nova Lei do Mandado de Segurança, dispõe que:

Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.

Nenhuma novidade foi introduzida pelo referido dispositivo. A mesma regra estava contida no §2º do art. 1º da lei anterior.

Permanece, portanto, o entendimento de que o mandado de segurança, mesmo em se tratando de ato ilegal ou praticado com abuso de poder por autoridade administrativa ou a ela equiparada que atinja a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer a referida garantia constitucional, sem que tal resulte em benefício ou prejuízo para as demais. Estas, contudo, até a fase de despacho da inicial, poderão ingressar como litisconsortes facultativos ativos, desde que tal proceder não venha a prejudicar o andamento do processo em relação ao impetrante originário.

É de se verificar que o mandado de segurança poderá ser coletivo. Nesse aspecto, deverão ser observadas as regras impostas para essa espécie de *mandamus*, regras que a nova lei, embora de modo tímido, fez constar, em seus arts. 21 e 22, a saber:

Art. 21 – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

§2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

7 O art. 2º da Nova Lei do Mandado de Segurança

Determina o art. 2º da Nova Lei do Mandado de Segurança:

Art. 2º Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.

O art. 2º da disciplina anterior continha a disposição seguinte:

Art. 2º Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela união federal ou pelas entidades autárquicas federais.

O legislador, conforme demonstrado, optou por corrigir aspectos redacionais na legislação até então vigente, quando registra o vocábulo União com letra maiúscula e extirpou o termo Federal. Sem nenhuma consequência jurídica a alteração. Entendeu, ainda, de fazer referência a “ente por ela (União) controlada”, no lugar de “entidades”.

A expressão “ente por ela (União) controlada” é de sentido mais amplo. Envolve, conseqüentemente, outras pessoas jurídicas que estão sob o controle da União, não restringindo a mensagem legal, apenas, como antes, às autarquias federais.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, dispõe, em seu art. 2º, inc. I, que, para os seus efeitos, empresa controlada é a sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da federação.

No inc. II, do referido art. 2º, explicita que empresa estatal dependente é a empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária.

Temos, portanto, nas mencionadas disposições legais, um parâmetro conceitual sobre o que deva ser entendido por ente controlado pela União.

O controle mencionado pelo dispositivo da Nova Lei de Mandado de Segurança não é o político. É o controle patrimonial, assim entendido o de ter a União Federal o direito de eleger os dirigentes da pessoa jurídica, por ter a maioria do seu capital. Nesse contexto estão as empresas públicas federais, as sociedades de economia mista e as fundações públicas federais.

A generalidade da expressão “ente por ela (União) controlada” não pode ser absoluta. Ela deve se harmonizar com o princípio da legalidade que se aplica a todo o atuar administrativo. Em assim sendo, temos que considerar que sociedade de economia mista, empresa pública e fundação, entes controlados pela União, têm conceito específico fixado por lei. Quanto às autarquias, devemos considerar que a União sobre elas têm, apenas, controle político e responsabilidade patrimonial subsidiária. Mesmo assim, entendemos que estão incluídas na expressão anteriormente analisada.

Para bem se compreender o que estamos apresentando para debate, é de bom posicionamento destacar o conceito de autarquia formulado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, 8ª edição):

a pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei.” Observação deve ser sublimada, neste ponto, que nos leva a elevar a importância da exigência de criação das autarquias por meio de lei, que está prevista no art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal, senão vejamos: “XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso definir as áreas de atuação”;

A doutrina entende por Fundação Pública o ente dotado de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, com patrimônio próprio, criado para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgão ou entidade de direito público. A Lei nº 7.596, de 10

de abril de 1987, deu nova redação ao art. 4º do Decreto-Lei nº 200, para nele incluir as fundações públicas. Como exemplo de fundações públicas, podemos citar algumas universidades federais.

Sociedade de economia mista é conceituada como sendo o ente dotado de personalidade jurídica de direito privado, instituído por meio de autorização legislativa para exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, ou como posto no Decreto-Lei nº 200, com redação também conferida pelo Decreto-Lei nº 900:

a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração indireta.

O conceito de empresa pública está bem assentado nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (conceito presente em vários dos seus livros, artigos e pareceres), que assim a define:

Pessoa jurídica criada por lei, como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular.

O Decreto-Lei nº 200, com redação também conferida pelo Decreto-Lei nº 900, define a sociedade de economia mista federal como sendo “a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração indireta”.

As considerações acima postas compõem as linhas que formam o sentido do art. 2º da Nova Lei do Mandado de Segurança, segundo o nosso entendimento.

8 O art. 3º e o seu parágrafo único da Nova Lei do Mandado de Segurança

A redação do art. 3º, *caput*, reflete o comando seguinte:

O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do

direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente.

O seu parágrafo único cuida do prazo decadencial para o exercício do referido direito.

A legislação revogada, no trato do mesmo disciplinamento, dispunha:

Art. 3º O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente.

O parágrafo único acima apontado não existia.

Anotamos que a expressão “prazo razoável”, constante na legislação anterior, deu lugar à expressão “...no prazo de 30 (trinta) dias”.

A expressão “prazo razoável” é vaga, indeterminada, gerando instabilidade interpretativa. O legislador, atendendo ao comando do art. 11 da Lei Complementar nº 95, resolveu disciplinar o assunto de modo claro e objetivo, evitando disparidade de entendimento.

9 O art. 4º e os seus §§1º, 2º e 3º da Nova Lei do Mandado de Segurança

Os mencionados dispositivos contêm os comandos seguintes:

Art. 4º Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos legais, impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada.

§1º Poderá o juiz, em caso de urgência, notificar a autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade.

§2º O texto original da petição deverá ser apresentado nos 5 (cinco) dias úteis seguintes.

§3º Para os fins deste artigo, em se tratando de documento eletrônico, serão observadas as regras da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.

A legislação de então determinava a respeito que:

Art. 4º Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos desta lei, impetrar o mandado de segurança por telegrama ou radiograma ao

juiz competente, que poderá determinar seja feita pela mesma forma a notificação a autoridade coatora.

A redação atual demonstra que o legislador ajusta o procedimento do mandado de segurança, quer individual, quer coletivo, aos avanços de comunicação dos atos processuais regulados pelo ordenamento jurídico em vigor. Até então, fazia referência que fossem observados os requisitos da própria Lei do Mandado de Segurança. Hoje, os requisitos são os legais, isto é, todos os que estão às disposições das partes em geral e devidamente regulamentados.

Até a vigência da Nova Lei do Mandado de Segurança, em caso de urgência, o impetrante só podia utilizar o telegrama ou o radiograma. As modificações introduzidas permitem, além desses, o uso de fax e de outros meios eletrônicos de autenticidade comprovada, desde que, é evidente, estejam consolidados pela legislação pátria.

O §1º do art. 4º em análise autoriza que, em caso de urgência, a autoridade judiciária notifique a autoridade apontada como coatora por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a sua imediata ciência da ordem emitida.

Observamos que o legislador adotou a técnica da praticidade e da operosidade da lei, não criando um sistema fechado para a emissão da notificação à autoridade coatora, em caso de urgência. O que está contido no referido dispositivo é que a ordem deve ser levada ao conhecimento da autoridade apontada como coatora, por qualquer forma, a fim de produzir os efeitos jurídicos dela decorrentes. A notificação mencionada, embora não explicita a lei, compreende a notícia da concessão ou não da liminar, a comunicação do inteiro teor da impetração e o aviso para a prestação de informações.

Os §§2º e 3º do art. 4º impõem, para que seja assegurada segurança jurídica ao ato de impetração, determinadas condições. A primeira consiste na obrigação que assume o impetrante de, por qualquer que tenha sido o meio utilizado, apresentar, em juízo, o texto original, nos 5 (cinco) dias seguintes. Adotado foi o sistema já consagrado na Lei nº 9.800/1999, que permite a utilização de fac-símile para prática de atos processuais, bem como o regime instituído para garantir autenticidade a documentos judiciais eletrônicos emitidos, sob o controle da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

O procedimento do mandado de segurança, com a nova legislação que o regula, há de ser trabalhado em conjunto com todas as leis que compõe, na atualidade, o denominado *e-process*, isto é, o processo eletrônico ou a informatização do processo judicial. Ganham destaque, nesse campo, a Lei nº 9.800/1999, que regula o uso de fax para a prática

de atos processuais e a Lei Federal nº 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil) e dá outras providências.

A doutrina, em face do comando posto no *caput* do art. 4º da Nova Lei do Mandado de Segurança, que permite a utilização do meio eletrônico de autenticidade comprovada para a impetração do mandado de segurança, está voltada para analisar, com profundidade, toda a legislação e regulamento já baixados a respeito.

Ganha relevo, em primeiro plano, quando analisamos o uso do mandado de segurança por meio eletrônico, a segurança que é imposta para tal proceder, a começar com a disciplina legal da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (IPC-Brasil), que segue o que está disposto na Medida Provisória nº 2.200-2, publicada em 27.08.2001, que implantou, no Brasil, o Sistema Nacional de Certificação Digital da ICP-Brasil, mantido pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, autarquia federal vinculada à Casa Civil da Presidência da República.

A referida autarquia tem como objetivo manter a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), sendo a primeira autoridade da cadeia de certificação conhecida como sendo a AC-Raiz.

O Brasil, como estamos a demonstrar, possui uma infraestrutura pública, mantida e auditada por um órgão público, a autarquia já mencionada, que, para o cumprimento de sua missão, segue regras de funcionamento que são estabelecidas pelo denominado Comitê Gestor da ICP-Brasil, órgão composto por membros nomeados pelo Presidente da República, entre os representantes dos poderes da República, bem como de segmentos da sociedade e da academia. O regime legal, como constituído, impõe estabilidade, transparência e confiabilidade ao sistema.

A doutrina especializada informa que “A Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil é uma cadeia hierárquica e de confiança que viabiliza a emissão de certificados digitais para identificação do cidadão quando trafega no meio virtual, como a Internet. Observa-se que o modelo adotado pelo Brasil foi o de certificação com raiz única, sendo que o Instituto Nacional de Tecnologia de Informação, além de desempenhar o papel de Autoridade Certificadora Raiz – AC Raiz, também, tem o de credenciar e descredenciar os demais participantes da cadeia, supervisionar e fazer auditoria dos processos”.²

O uso do mandado de segurança pelo meio eletrônico exige que o advogado seja portador de um certificado digital. Este “é uma ferramenta

² Informes colhidos do site <<http://www.iti.gov.br>>.

que permite que aplicações, como comércio eletrônico, assinatura de contratos, operações bancárias, iniciativas de governo eletrônico, entre outras, sejam realizadas. São transações feitas de forma virtual, ou seja, sem a presença física do interessado, mas que demandam identificação inequívoca da pessoa que a está realizando pela Internet. Tecnicamente, o certificado é um documento eletrônico que por meio de procedimentos lógicos e matemáticos asseguraram a integridade das informações e a autoria das transações. Esse documento eletrônico é gerado e assinado por uma terceira parte confiável, ou seja, uma Autoridade Certificadora que, seguindo regras emitidas pelo *Comitê Gestor da ICP-Brasil* e auditada pelo ITI, associa uma entidade (pessoa, processo, servidor) a um par de chaves criptográficas. Os certificados contêm os dados de seu titular, tais como: nome, número do registro civil, assinatura da Autoridade Certificadora que o emitiu, entre outros, conforme detalhado na Política de Segurança de cada Autoridade Certificadora”.³

A utilização do meio eletrônico para uso do mandado de segurança, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, obedece a um rígido disciplinamento, cujo objetivo é impor absoluta segurança a essa modalidade de o mesmo ser apresentado na mencionada Corte.

A utilização do *e-process* no Superior Tribunal de Justiça exige, primeiramente, que o advogado adquira um certificado digital e o cadastre na página da web do Tribunal. A seguir, deverá configurar o seu computador para usar o aplicativo específico, obedecendo às regras impostas pelo sistema.

O certificado digital é fornecido por entidades (são denominadas de autoridades certificadoras) que estejam aptas a fornecê-lo, mediante a quantia que cada uma estipular, e deverá seguir o padrão fixado pelo ICP-Brasil.

Atualmente, essas entidades são:

- Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro);
- SERASA;
- CERTISIGN;
- Caixa Econômica Federal (CEF);
- Safeweb;
- PRODEMGE;
- Imprensa Oficial;
- Correios;
- AC SINCOR; e
- OAB.

³ *Idem.*

O mandado de segurança por meio eletrônico pode ser impetrado no Superior Tribunal de Justiça a qualquer hora, haja vista o sistema funcionar de modo ininterrupto, isto é, 24 horas durante o dia.

O uso do mandado de segurança por meio eletrônico tem amparo legal ainda na Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil); e dá outras providências.

A referida lei, ao dispor sobre a informatização do processo judicial, exige que no mandado de segurança por meio eletrônico sejam observadas, entre outras, as regras seguintes:

- a) que o envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos (art. 2º);
- b) o mandado de segurança por meio eletrônico será considerado interposto no dia e hora em que for enviado ao Poder Judiciário (art. 3º);
- c) para a contagem do prazo decadencial será considerado como tempestivo o mandado de segurança impetrado até as 24 horas do seu último dia;
- d) é vedado o uso de abreviaturas.

10 O art. 5º da Nova Lei do Mandado de Segurança

O art. 5º da Nova Lei do Mandado de Segurança impõe a disciplina seguinte:

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

- I – de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
- II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
- III – de decisão judicial transitada em julgado.

Segundo o acima disciplinado, temos que reconhecer que a garantia fundamental do uso do Mandado de Segurança foi reduzida, o que recebe profunda crítica da doutrina.

Continua a proibição de concessão de mandado de segurança quando se tratar de ato administrativo comissivo que esteja sujeito a recurso com efeito suspensivo, independentemente de caução.

No caso de ato omissivo, o Supremo Tribunal Federal, por via da

Súmula nº 429, firmou jurisprudência no sentido de que “a existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade”.

A mesma restrição há para o uso do mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo, mesmo que seja teratológica. O Supremo Tribunal Federal sumulou o assunto: “Súmula 267: Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

Idem contra decisão judicial transitada em julgado. A legislação anterior não continha tal previsão. O legislador adotou o disposto na Súmula nº 268 do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”.

A lei nova não repete a proibição de uso do mandado de segurança contra ato disciplinar, seguindo o entendimento jurisprudencial e doutrinário firmado sobre o tema.

A doutrina e a jurisprudência, de há muito, questionavam a proibição do mandado de segurança para controlar ilegalidade ou abuso de poder cometido por autoridade administrativa na expedição de ato disciplinar.

O assunto, no nosso entendimento, foi examinado, com profundidade, no julgamento, pelo STJ, do Mandado de Segurança nº 12.927/DF (2007/0148856-8), Relator: Ministro Felix Fischer, que, embora não o tenha conhecido, por ter sido entendido que a via eleita era inadequada, por ausência de comprovação do direito líquido e certo alegado, ficou, contudo, demonstrado ser possível a sua impetração para afastar ilegalidade ou abuso de poder cometido na prática de ato disciplinar.

A ementa do referido julgado dispõe que:

Ementa – Mandado de segurança. Processo disciplinar. Discricionariedade. Inocorrência. Prova pré-constituída ausente. Inadequação da via eleita. Ordem denegada. I – Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. II – Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais. III – A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial. IV – Inviável a apreciação do pedido da impetrante, já que não consta, neste writ, o processo administrativo disciplinar, o qual é indispensável para o exame da adequação ou não da

pena de demissão aplicada, considerando, especialmente, a indicação pela Comissão Disciplinar de uma série de elementos probatórios constantes do PAD, os quais foram considerados no ato disciplinar. V – A decisão que determinou o trancamento de ação penal, pendente o trânsito em julgado, não vincula, necessariamente, a decisão administrativa disciplinar. Seja como for, a revisão administrativa poderá ser provocada desde que preenchidos os requisitos para tanto. Ordem denegada, sem prejuízo das vias ordinárias.

Do substancial voto apresentado pelo relator, destacamos as afirmações seguintes:

Há questões afetas ao controle jurisdicional de ato disciplinar e ao cabimento do mandado de segurança que necessitam ser dirimidas antes da análise do mérito propriamente dito.

Tanto a e. autoridade apontada como coatora quanto o d. Ministério Público Federal alegam que o Judiciário somente pode controlar irregularidade formal no que diz respeito a processo disciplinar. Confirmo:

“A jurisprudência do STJ estabelece que ao Poder Judiciário cabe apreciar a regularidade do processo disciplinar quanto às exigências legais e aos princípios do contraditório e da ampla defesa. O impetrante não prova irregularidade formal.” (fl. 395) De fato, constato que há precedentes desta e. Corte nesse sentido: *“ADMINISTRATIVO. REGISTROS PÚBLICOS. NOTÁRIO. PERDA DA DELEGAÇÃO. PROCESSO DISCIPLINAR. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE FORMAL NO ACÓRDÃO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL. (...) 5. Averiguar a adequação, à luz do princípio da proporcionalidade, da penalidade imposta no processo disciplinar, importaria, nas circunstâncias do caso, fazer exame do próprio mérito administrativo, inviável em mandado de segurança. 6. Recurso ordinário a que se nega provimento.” (STJ. RMS n. 21.425/MS, 1ª Turma. DJ 2.8.2007) (grifo nosso)*

Nesse julgado, encontro referências a precedentes desta e. 3ª Seção: *“ADMINISTRATIVO. NOTÁRIO. PERDA DA DELEGAÇÃO. PROCESSO DISCIPLINAR. RECURSO ADMINISTRATIVO. PARTICIPAÇÃO DOS PROLADORES DA DECISÃO RECORRIDA NO JULGAMENTO. IMPEDIMENTO. INEXISTÊNCIA. LEI 8.935/94. COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA APLICAR PENALIDADES. ALTERAÇÃO DA PENALIDADE IMPOSTA ADMINISTRATIVAMENTE. REEXAME DAS PROVAS COLHIDAS DURANTE O PROCESSO ADMINISTRATIVO.*

IMPOSSIBILIDADE. MÉRITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) 4. Consoante firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, compete ao Poder Judiciário apreciar apenas a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe vedado a incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, em especial a revisão do conjunto probatório apurado no procedimento administrativo. 5. Segundo entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo vedado ao Poder Judiciário a análise do mérito administrativo, a análise acerca de ofensa ao princípio da proporcionalidade na aplicação de sanção disciplinar a servidor deve levar em conta, também, eventual quebra do regramento legal aplicável ao caso, já que a mensuração da sanção administrativa faz parte do mérito administrativo. (...) 8. Recurso ordinário conhecido e improvido” (STJ. RMS 18099/PR, 5ª Turma, DJ de 12.06.2006) (grifo nosso)

“RECURSOS ORDINÁRIOS. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA DO SECRETÁRIO DE ESTADO E SEGURANÇA PÚBLICA PARA APURAR INFRAÇÃO E APLICAR PENA DE SUSPENSÃO A POLICIAIS CIVIS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIAÇÃO DA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-CABIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO-CONFIGURADO. PODER JUDICIÁRIO. VEDADA SUA INTERFERÊNCIA NO MÉRITO ADMINISTRATIVO. (...) 2. De acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, compete ao Poder Judiciário apreciar apenas a regularidade do processo administrativo disciplinar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo vedada qualquer interferência no mérito administrativo 3. Recursos ordinários não-conhecidos.” (STJ. RMS 10233/RJ, 6ª Turma, DJ de 12.02.2007)

No mesmo sentido:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. ATO DE DEMISSÃO IMINENTE E ATUAL. JUSTO RECEIO EVIDENCIADO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM RECONHECIDA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.(...) 6. Não é cabível, em sede de mandamus, apreciar se é justa ou não a pena sugerida na conclusão do Processo Disciplinar, porquanto

cuida-se de matéria de mérito administrativo, ainda pendente de apreciação pela Autoridade Coatora. 7. Segurança denegada, com a conseqüente revogação da liminar anteriormente concedida.” (STJ. MS n. 8030. 3ª Seção. Julgamento: 13.06.2007) (grifo nosso)

É natural que, uma vez admitida a existência de aspecto discricionário, leia-se, mérito administrativo, no ato disciplinar, o controle jurisdicional da matéria reste limitado. Como sabido, a discricionariedade administrativa diz respeito a juízo de conveniência e oportunidade do administrador público e, por essa razão, não cabe, quanto a esse aspecto, a incursão do Poder Judiciário. Ou, ainda, a discricionariedade diz respeito à escolha entre alternativas igualmente válidas.

Trata-se, portanto, de *“indiferentes jurídicos”*, uma vez que o administrador decidirá com critérios extrajurídicos, *“não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da Administração Pública.”* (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1990, p. 394)

Resta saber se é possível admitir, no ato que impõe sanção a servidor público, espaço para discricionariedade administrativa. Ou melhor, e para nos aproximarmos do caso concreto: o ato de demissão de cargo público viabiliza juízo de conveniência e oportunidade capaz de limitar o respectivo controle jurisdicional?

Ao reexaminar essa questão, penso que deve ser afastada a tese de que existiria discricionariedade administrativa no ato que resulta em sanção a servidor público.

Valho-me, para tanto, do regime jurídico disciplinar, cujos contornos encontram-se na própria Constituição Republicana de 1988: princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, culpabilidade, proporcionalidade e prestação jurisdicional acerca da violação a direito (art. 5º, inciso XXXV).

Em recente obra lançada sobre o tema, afirma-se, exatamente em razão do cogitado regime jurídico disciplinar, *“que o amplo controle jurisdicional das sanções disciplinares não é só possível, dada à inexistência de discricionariedade administrativa, como constitucionalmente imposto, em razão dos princípios do devido processo legal e da unicidade de jurisdição. Garante-se, enfim, a efetiva tutela de direitos constitucionais do servidor público e não o mero reconhecimento do processo administrativo disciplinar, cuja decisão final ficaria imune ao reexame do órgão constitucional competente para afirmar, com definitividade, a violação ou não a Direito.”* (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 169) (grifo nosso)

Na obra, há referência a antigo precedente do c. Supremo Tribunal Federal que atestou a inexistência de discricionariedade em ato disciplinar. Eis alguns trechos dos votos proferidos:

a) *‘Não são, portanto, somente os aspectos formais do ato que autorizam o exame judicial. Essa limitação só existe em se tratando de ato discricionário, que não poderá ser o de punição disciplinar do funcionário ou a sua destituição nos casos em que esta só se autoriza mediante inquérito administrativo.’* (Voto proferido pelo Ministro CASTRO NUNES, nos autos dos Embargos à Apelação Cível n. 73072, 1944 – STF – Pleno Apud. PEREIRA, Flávio Henrique Unes. ob. cit. p. 118) (grifo nosso)

b) *‘Não entendo que deva o Poder Judiciário limitar-se a apreciar o ato administrativo do ângulo visual de legalidade extrínseca e não de seu mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça. A essa tese jamais darei o meu invalioso apoio. Entendo, ao revés, que ao Poder Judiciário é que compete, principalmente, decidir o direito que a parte oponha à administração baseada em lei do país. Quem dirá se o ato foi justo ou injusto: a própria administração, acobertada por um inquérito formalmente perfeito, ou, ao cabo de contas, o Poder Judiciário? A minha resposta é que cabe ao Poder Judiciário, porque a este compete, especificamente, resolver as pendências, as controvérsias que se ferem entre cidadãos ou entre o cidadão e o Estado.* (Voto proferido pelo e. Ministro OROZIMBO NONATO, nos autos dos Embargos à Apelação Cível n. 73072, 1944 – STF – Pleno. Apud. PEREIRA, Flávio Henrique Unes. ob. cit. p. 119) (grifo nosso)

Todavia, a ementa desse precedente já foi utilizada em alguns julgados, inclusive do próprio c. Supremo Tribunal Federal, como se, nos respectivos votos, houvesse sido reconhecido aspecto discricionário no ato disciplinar. Como verifiquei na leitura dos votos que conduziram o julgado, a tese da discricionariedade foi afastada. Aliás, o também ministro VITOR NUNES LEAL publicou artigo na Revista de Direito Administrativo (RDA, v.3), em 1946, no qual ressalta a mudança de posição do c. Supremo Tribunal Federal, no sentido de ter-se admitido o reexame do ato disciplinar pelo Poder Judiciário (PEREIRA. ob. cit. p. 122). Antes mesmo dos votos proferidos pelos e. ministros OROZIMBO NONATO e CASTRO NUNES, FRANCISCO CAMPOS, ao analisar a Constituição de 1934, já apresentava argumentos que afastam a discricionariedade no ato que demite servidor público: *“Aliás, conferindo garantias a todos os funcionários contra o arbítrio, o nuto ou a discricção do governo, a Constituição brasileira não fez mais do que se conformar aos princípios fundamentais do regime que ela entendeu de estabelecer no país: o do Estado Democrático de Direito. (...) A demissibilidade ad nutum dos funcionários públicos repousa sobre o falso pressuposto*

de que a vontade dos homens de governo tenha um valor em si mesmo, independentemente dos motivos ou dos fins que a inspiram ou determinam. No Estado democrático de direito, porém, a vontade dos governantes não é livre de se determinar por motivos quaisquer ou por fins estranhos ao interesse público; à vontade dos governantes se impõe a vontade dos governados, submetendo-a à obediência, precisamente pela razão de que aquela vontade não é uma vontade qualquer, mas informada em motivos de ordem pública e orientada para os fins em vista dos quais lhe foram confiados os poderes de governo. A vontade dos governantes não é, portanto, uma vontade livre ou discricionária, mas vinculada às causas ou aos fins em virtude dos quais a lei lhe atribui a força especial que a distingue das outras vontades individuais.” (CAMPOS, Francisco. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. 1943, p. 85-87) (grifo nosso)

SEABRA FAGUNDES, do mesmo modo, tratou do tema:

“O processo administrativo se destina a fazer apurar o motivo do ato, e somente isso. É apenas um processo especial por que se indaga, em caso determinado (funcionário com estabilidade), se ocorre, ou não, causa legalmente capaz de autorizar a dispensa do serviço público. Se constatado motivo legal o funcionário é demitido; se não constatado, permanece nos quadros da Administração. Não se tem em mira apurar um motivo qualquer, que se possa haver, a juízo do administrador, como razoável ou desarrazoado para autorizar a demissão. O que se indaga, coligindo provas, é se ocorreu um motivo predeterminado na lei como capaz de autorizar a demissão.” (FAGUNDES, Seabra. Conceito de mérito no Direito Administrativo. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 139, n. 49, p. 15, 1952) (grifo nosso)

Apenas para demonstrar, ainda mais, os requisitos ou critérios que devem ser observados pelo administrador público ao editar atos disciplinares, sob pena de controle jurisdicional, cabe lembrar que o art. 37, §6º, da Constituição Republicana de 1988, quando menciona ação de regresso contra servidor público, com vistas a ressarcir os cofres públicos, exige a demonstração de dolo ou culpa.

Como não exigir o mesmo, quando em pauta a imposição de sanção disciplinar? Como afirma Fábio Medina Osório:

“Então, se é consagrada a responsabilidade subjetiva para essas pessoas, na hipótese de mero ressarcimento, que não se confunde com a sanção, maiores e melhores razões existem para fundamentar a culpabilidade como princípio constitucional, limitando todo o Direito Punitivo do Estado (...).” (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 2. ed., rev., atual. São Paulo: R. dos Tribunais, 2005. 560 p.)

De fato, se o constituinte exige a demonstração de dolo ou culpa do servidor público para poder cobrar os prejuízos por ele causados, por maior razão deve ser exigida a demonstração de tais elementos quando em voga a imposição de sanção disciplinar, da qual pode resultar a pena máxima de perda do cargo público (PEREIRA. ob. cit. p. 166). Dessa forma, são critérios como esse que condicionam o ato disciplinar e não mero juízo de conveniência (dito mérito administrativo) que pudesse limitar o controle jurisdicional acerca da matéria.

Na verdade, trata-se, simplesmente, de dar efetividade a comandos constitucionais e legais. Sobre estes, é emblemático o disposto no art. 128 da Lei n. 8.112/90: *“Art. 128 – Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias ou atenuantes e os antecedentes funcionais.”*

A propósito do dispositivo, colho da doutrina: *“Tanto o art. 59 do Código Penal, quanto o cogitado art. 128 da Lei nº 8.112/90 nada mais fazem do que conferir efetividade ao princípio constitucional da individualização da pena, cuja legitimidade também se apóia na própria dignidade da pessoa humana. A culpabilidade e as peculiaridades do caso concreto são, por conseguinte, indispensáveis para a fixação da sanção disciplinar adequada.”* (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 85) (grifo nosso)

A propósito da decisão adequada que impõe a sanção disciplinar, afirma o autor da referida obra:

“Conclui-se que a decisão correta ou adequada emerge da consideração de todas as peculiaridades do caso, as quais são apontadas pelas partes, por meio de um processo desenvolvido em contraditório que se vincula ao paradigma de Direito vigente. A legitimidade da decisão correta não reside, por conseguinte, no ‘juízo’ do julgador [administrativo], simplesmente.” (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 37) (grifo nosso)

Destaco, outrossim, que esta e. 3ª Seção (v.g., MS n. 10827/DF, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA, julgamento: 6.2.2006; e, MS n. 10828, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, julgamento: 28.06.2006) apresenta precedentes que, com base no princípio da proporcionalidade, anularam sanções impostas a servidores públicos. Patente, portanto, que, ao assim decidir, acabou-se por reconhecer que ao Judiciário cabe controlar o ato disciplinar não apenas em aspectos referentes ao devido processo legal formal, como, também, no que diz respeito ao *“mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça”* (OROZIMBO NONATO, 1944).

Não desconheço que exista limitação infraconstitucional sobre o controle jurisdicional em sede de mandado de segurança acerca de ato disciplinar (trata-se do vetusto art. 5º, inciso III, da Lei n. 1.533/51). Todavia, esse dispositivo vem sendo, ainda que timidamente, mitigado pela jurisprudência. É ilustrativa a seguinte passagem: *“Preceitua o inciso III do artigo 5º da Lei n. 1.533/51 que não se dará mandado de segurança contra ato disciplinar, salvo se praticado por autoridade incompetente e com inobservância de formalidade essencial. Doutrina e jurisprudência têm amenizado o rigor do dispositivo, admitindo o mandado de segurança para dizer-se, consideradas as normas pertinentes, da harmonia do ato disciplinar com os motivos que o respaldam legalmente.”* (STF. MS n. 21.297-7-DF. Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ: 28.02.1992)

Considerando os dispositivos constitucionais a que me reporte, além do fato de inexistir qualquer amparo constitucional para a limitação do manejo do mandamus quando o ato apontado como coator for sanção disciplinar, afasto a alegação de que o controle jurisdicional, mediante mandado de segurança, seria limitado a meros aspectos formais em razão de suposta discricionariedade administrativa.

Em síntese: caso haja prova pré-constituída, não cabe inadmitir o uso da garantia fundamental do writ (art. 5º, inciso LXIX, CR/88), pelo simples fato de o ato coator ser disciplinar. Pontuo, por fim, que a posição ora apresentada não adota as lições da doutrina clássica acerca da matéria (v.g., MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed. p. 121; e, GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10ª ed., p. 235-236), a qual faz menção à discricionariedade administrativa no exercício do poder disciplinar.

Minha posição, friso, nada mais faz do que sedimentar o que já vem sendo anunciado em precedentes (muitos deles em sede de mandado de segurança) que, com base em princípios constitucionais, anulam sanções disciplinares. Além dos precedentes que já mencionei, a e. 5ª Turma deste c. Tribunal revelou, em autos de mandado de segurança, que o controle jurisdicional acerca de exoneração de agente público (posição perfeitamente ajustável em matéria disciplinar) abarca a devida motivação do ato, o que implica avaliação do motivo (fato) apresentado, a saber:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. IMPUGNAÇÃO AO VITALICIAMENTO. MOTIVAÇÃO INEXISTENTE. RECURSO PROVIDO. 1. O Órgão Especial do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, ao julgar a impugnação ao vitaliciamento do ora recorrente, Promotor de Justiça,

concluiu tão-somente pela existência de dúvidas e incertezas a respeito de sua conduta funciona. 2. Havendo sido superada regularmente a fase probatória, os elementos de convicção encontravam-se presentes. Por conseguinte, à míngua de vícios formais no processo, sobressai a patente inexistência de motivação hábil a ensejar sua exoneração. 3. Recurso ordinário provido.” (RMS n. 20288. Rel. Para acórdão: Min. ARNALDO ESTEVES LIMA. Julgamento 19.06.2007) (grifo nosso)

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AVALIAÇÃO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. DEVIDA MOTIVAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AVALIAÇÃO QUADRIMESTRAL NÃO OBSERVADA. I – Acarreta a nulidade do ato de exoneração a não observância do comando legal que impõe avaliações quadrimestrais mediante relatório circunstanciado. II – Não atende a exigência de devida motivação imposta aos atos administrativos a indicação de conceitos jurídicos indeterminados, em relação aos quais a Administração limitou-se a conceituar o desempenho de servidor em estágio probatório como bom, regular ou ruim, sem, todavia, apresentar os elementos que conduziram a esse conceito. Recurso ordinário provido.” (RMS n. 19210. minha relatoria, Julgamento: 14.03.2006) (grifo nosso)

O legislador da Nova Lei do Mandado de Segurança, ao não repetir a proibição, homenageou a doutrina e a jurisprudência construídas sobre o tema, compatibilizando a mensagem legal com o entendimento contemporâneo manifestado sobre o assunto.

O Executivo vetou o parágrafo único do art. 5º que dispunha: “O mandado de segurança poderá ser impetrado, independentemente de recurso hierárquico, contra omissões da autoridade, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, após sua notificação judicial ou extrajudicial”.

11 O art. 6º e seus parágrafos da Nova Lei do Mandado de Segurança

Determina o *caput* do art. 6º da Lei nº 12.016/2009:

A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

Na legislação anterior estava disposto que:

Art. 6º – A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos artigos 158 e 159 do Código do Processo Civil, será apresentada em duas vias e os documentos, que instruírem a primeira, deverão ser reproduzidos, por cópia, na segunda.

Pelo regime atual, a petição inicial deve observar todas as normas da lei processual civil para a sua elaboração, diferentemente do que era previsto anteriormente, quando só se exigia o disciplinamento dos arts. 158 e 159 do CPC.

Exige, ainda, o referido dispositivo que a petição inicial indique a pessoa jurídica que a autoridade apontada como coatora encontra-se vinculada ou exerce as suas atribuições.

Na prática, mesmo antes da vigência do art. 6º ora examinado, as petições iniciais de mandado de segurança vinham observando o determinado pelos arts. 282 a 296 do CPC.

A petição inicial do mandado de segurança, de modo definitivo e por exigência legal, deverá obedecer os comandos dos arts. 282 a 296 do CPC, a saber:

Art. 282. A petição inicial indicará:

II – os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;

III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV – o pedido, com as suas especificações;

V – o valor da causa;

VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII – o requerimento para a citação do réu.

Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

Art. 285. Estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu, para responder; do mandado constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como

verdadeiros, os fatos articulados pelo autor. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

§1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

§2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

Seção II Do Pedido

Art. 286. O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I – nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

II – quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

III – quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, §4º, e 461-A). (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Art. 288. O pedido será alternativo, quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo.

Parágrafo único. Quando, pela lei ou pelo contrato, a escolha couber ao devedor, o juiz lhe assegurará o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo, ainda que o autor não tenha formulado pedido alternativo.

Art. 289. É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior.

Art. 290. Quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar

de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação.

Art. 291. Na obrigação indivisível com pluralidade de credores, aquele que não participou do processo receberá a sua parte, deduzidas as despesas na proporção de seu crédito.

Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§1º São requisitos de admissibilidade da cumulação:

I – que os pedidos sejam compatíveis entre si;

II – que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;

III – que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

§2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário.

Art. 293. Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais.

Art. 294. Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa. (Redação dada pela Lei nº 8.718, de 14.10.1993)

Seção III

Do Indeferimento da Petição Inicial

Art. 295. A petição inicial será indeferida: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I – quando for inepta; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

II – quando a parte for manifestamente ilegítima; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

III – quando o autor carecer de interesse processual; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

IV – quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição (art. 219, §5º); (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

V – quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

VI – quando não atendidas as prescrições dos arts. 39, parágrafo único, primeira parte, e 284. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I – lhe faltar pedido ou causa de pedir; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

III – o pedido for juridicamente impossível; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

IV – conter pedidos incompatíveis entre si. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Art. 296. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar sua decisão. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Parágrafo único. Não sendo reformada a decisão, os autos serão imediatamente encaminhados ao tribunal competente. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Deverá, ainda, o que não era exigido antes, a petição inicial conter a indicação da pessoa jurídica que a autoridade impetrada integra ou que a ela está vinculada ou exerce atribuições, conforme já afirmamos.

O §1º da lei examinada dispõe:

1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

Havendo prova de que o documento necessitado pelo impetrante para comprovar a violação do seu direito líquido e certo está em repartição ou estabelecimento público ou na posse de qualquer autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão, ou ainda, na posse de terceiro, desde que alegado esse fato, de modo convincente, o juiz, antes de despachar a petição inicial ordenando a prestação de informações pela autoridade demandada, ordenará a exibição do referido documento em original ou em cópia autenticada, marcando prazo de 10 (dez) dia para o cumprimento do determinado. Em caso de não cumprimento da ordem judicial, pode ser determinada a busca e apreensão do documento, com as consequências legais provocadas por tal comportamento de quem resistir ao requisitado pela justiça.

O §3º do art. 6º, ao determinar que “considera-se autoridade coatora aquele que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem

para a sua prática”, preceito não contido na legislação de então, consagrou o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que aponta como autoridade coatora a que praticou o ato ou aquela de quem emanou a ordem. Ao estabelecer a referida conceituação, afastou a possibilidade de existir qualquer tipo de problema sobre quem deve ser apontado como autor da ilicitude ou do abuso de poder e, conseqüentemente, legitimado, para figurar no polo passivo, como impetrado, do mandado de segurança.

Estabelece o §5º do art. 6º em destaque que será denegado o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 do Código de Processo Civil. Este dispositivo cuida da extinção do processo sem resolução de mérito. Dispõe que:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

- I – quando o juiz indeferir a petição inicial;
- II – quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
- III – quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
- IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
- V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;
- VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;
- VII – pela convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 9.307, de 23.9.1996)
- VIII – quando o autor desistir da ação;
- IX – quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;
- X – quando ocorrer confusão entre autor e réu;
- XI – nos demais casos prescritos neste Código.

§1º O juiz ordenará, nos casos dos ns. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas.

§2º No caso do parágrafo anterior, quanto ao nº II, as partes pagarão proporcionalmente as custas e, quanto ao nº III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e honorários de advogado (art. 28).

§3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

§4º Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

Parágrafo único. Se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no nº III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito”.

Há de se atentar que as regras dos arts. 267 e 268 do CPC são aplicáveis ao mandado de segurança, no que couber. Por exemplo, não há extinção do processo sem resolução do mérito, por o mérito do mandado de segurança ser solucionado via arbitragem. Este meio de solução de conflito só é admissível para pacificar os conflitos de natureza privada. Impedido está para apreciar relações jurídicas de direito público.

Outrossim, a parte final do art. 268 do CPC não se aplica ao mandado de segurança, haja vista se tratar de direito fundamental do cidadão e não existir, quando aplicado, condenação em honorários de advogado.

Por fim, o §6º do art. 6º em questão permite que o pedido de mandado de segurança possa ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

Não havia amparo jurídico para a firmação de outro entendimento. O legislador, ao explicitar a possibilidade da referida renovação, partiu do pressuposto de que o mandado de segurança extinto sem resolução de mérito consolida decisão, apenas, de natureza formal, deixando sem apreciação o controle sobre o ato administrativo apontado como viciado por ilegalidade ou abuso de poder.

12 O art. 7º, seus incisos e parágrafos da Nova Lei do Mandado de Segurança

O art. 7º da Nova Lei do Mandado de Segurança, contendo três incisos e cinco parágrafos, apresenta-se com a redação seguinte:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I – que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;

II – que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

§1º Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

§2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

§3º Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.

§4º Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.

§5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

O inc. I do art. 7º não imprimiu nenhuma modificação no sistema já adotado para a petição inicial ser despachada.

O juiz, após verificar que a petição do mandado de segurança contém os pressupostos específicos e genéricos exigidos para ser considerada como apta a promover a abertura do processo, determinará que a autoridade apontada como coatora seja notificada, enviando-lhe cópia da petição inicial e dos documentos apresentados. Estas cópias devem ser preparadas pelo impetrante juntamente com a petição inicial. É dele o ônus de apresentar a petição inicial devidamente formalizada como exigido pelo Código de Processo Civil e pela própria Lei do Mandado de Segurança.

A autoridade apontada como coatora terá o prazo de 10 (dez) dias para prestar informações. Estas não são caracterizadas como sendo uma contestação, pelo que a sua ausência não leva a que revelia seja reconhecida.

O determinado no inc. II do art. 7º da Nova Lei do Mandado de Segurança, isto é, que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito, constitui inovação.

O referido inciso manda apenas dar ciência ao órgão, sem considerar que tal produza efeito como citação, enviando-lhe cópia da inicial.

A lei nova prevê a obrigação de se dar ciência do feito ao “órgão de representação judicial” da pessoa jurídica interessada e de enviar cópia da inicial sem ser acompanhada de qualquer documento. Essa ciência deve ser feita na pessoa do procurador judicial ou advogado do órgão, de modo pessoal, ou por via eletrônica devidamente regulamentada, de modo que fique bem comprovada a consumação desse ato de comunicação. A pessoa jurídica decidirá se ingressa ou não no feito, fazendo a opção que lhe for conveniente.

O inc. III do art. 7º cuida de regular a concessão de liminar em mandado de segurança quando o direito líquido e certo apresentar-se, desde logo, sustentado em fundamento relevante e do ato apontado como ilícito ou praticado com abuso de poder puder resultar ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida a ordem.

O referido dispositivo faculta, ainda, ao juiz exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com a finalidade de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica, no caso de denegação do *mandamus*.

Essa faculdade concedida ao juiz não existia na legislação revogada. Ela tem sido criticada duramente pela doutrina, especialmente pelo Conselho Federal da OAB, tendo em vista dar espaço para que o juiz, sem um critério objetivo, descaracterize os pressupostos exigidos para a concessão da liminar, quando presentes, exigindo caução, depósito ou fiança para que a mesma seja obtida.

A exigência de garantia reduz a possibilidade de concessão de liminar no mandado de segurança, mesmo que o direito líquido e certo seja evidente e o prejuízo causado ao impetrante produza efeito imediato.

Há uma construção legislativa posta na mencionada regra que redunde em diminuir a força que é reconhecida aos direitos fundamentais, onde está incluído o mandado de segurança que tem por objeto central proteger o direito líquido e certo do cidadão, quando ofendido por ato ilícito ou praticado com abuso de poder pela autoridade administrativa.

Lembra José Afonso da Silva que “Direito líquido e certo no conceito de Hely Lopes Meirelles, aceito pela doutrina e pela jurisprudência é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão

e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais” (*Mandado de segurança...* 30. ed. p. 36-37). Mas o próprio autor acha o conceito insatisfatório observando que: “O direito, quando existente, é sempre líquido e certo; os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, exigindo comprovação e esclarecimentos para propiciar a aplicação do direito invocado pelo postulante” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança...* 30. ed., p. 36, nota 2) (*Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros. p. 163).

Na mesma linha de pensar, temos as afirmações do Ministro Celso de Mello, citado por Alexandre de Moraes: “A noção de direito líquido e certo, para efeito de impetração de mandado de segurança, ajusta-se, em seu específico sentido jurídico, ao conceito de situação que deriva de fato incontestável, vale dizer, de fato passível de comprovação documental imediata e inequívoca (STF, Pleno, MS nº 21.865-7/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *DU*, seção I, 1º, 2006, p. 66)” (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 155).

A condição que o juiz poderá impor para a concessão de liminar, ou seja, a exigência de caução, depósito ou fiança, não tem apoio na Carta Magna. Esta não registra nenhuma restrição aos efeitos do mandado de segurança, quer em fase de tutela de urgência, quer quando concedido em sentença definitiva.

Há uma evolução da legislação brasileira em restringir a concessão de liminar em mandado de segurança e até mesmo proibi-la.

A Nova Lei do Mandado de Segurança, no §2º do artigo 7º, impõe que:

Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Confirma o posicionamento da legislação anterior, hoje revogada, nesse sentido, conforme a seguir passamos a observar.

A Lei nº 2.770, de 4 de maio de 1956, por exemplo, proibia a concessão da medida liminar nas ações e procedimentos judiciais de qualquer

natureza que visem a obter liberação de mercadorias, bens ou coisas de procedência estrangeira (art. 1º), o que exigiu de Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*: ação popular: ação civil pública: mandado de injunção: “*Habeas Data*”. 27. ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 81) o comentário seguinte:

Essa vedação só se refere a produtos de contrabando e não aos bens importados ou trazidos para o país como bagagem sobre os quais as autoridades passem a fazer exigências ilegais ou abusivas para seu desembaraço.

Em sequência cronológica, tínhamos a Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, que vedava liminar em mandados de segurança que visassem à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens e nestas ações só se permitia a execução da sentença depois de transitada em julgado (art. 5º e parágrafo único da referida lei). Novamente de forma sábia, o saudoso Hely Lopes (*op. cit.*, p. 81) tecendo comentários acerca do tema, aduziu:

Estes preceitos são extensivos aos servidores de todas as entidades estatais e suas autarquias, dada a generalidade da norma. Redundantemente, o artigo 7º desta mesma lei diz que os recursos de ofício ou voluntários em tais casos, terão efeito suspensivo, o que já estava implícito no texto do parágrafo único do artigo 5º. Tais restrições se nos afiguram inconstitucionais, por desigualarem os impetrantes no mandado de segurança, em detrimento do servidor público, quando a Constituição da República não faz essa distinção ao instituir o *mandamus*.

Em 1965, a Lei nº 4.862, em seu art. 51, revogou o art. 39 da Lei nº 4.357/64, que proibia a medida liminar em matéria fiscal contra a Fazenda Nacional, passando a admiti-la, pelo tempo limitado de 60 (sessenta) dias.

Nessa linha de restringir ou proibir a concessão de liminar em mandado de segurança, foi publicada a Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, que vedou a concessão de liminar para o pagamento de vencimentos ou vantagens pecuniárias a servidores da União, dos Estados ou dos Municípios e de suas autarquias (art. 1º, §4º).

Hely Lopes (*op. cit.*, 2004, p. 81) assinala que “essa proibição, embora discriminatória, vem sendo atendida pela Justiça por se tratar de norma processual da exclusiva competência federal”.

Entendemos que essas restrições e imposição de condições não são prestigiadas pela Carta Magna. Esta dispõe que o cidadão tem

direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, incluindo-se, ao nosso pensar, também as medidas liminares, em face do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no art. 5º, XXXV:

A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Em sua obra *Tratado de Direito Processual Civil* (2. ed. Revista dos Tribunais, 1990. v. 1, p. 155), o ilustre Professor Arruda Alvim doutrina a respeito:

Isto quer dizer que nenhuma lesão ou mera ameaça de lesão de direito individual ou não, pode ser por lei infraconstitucional subtraída do conhecimento do Poder Judiciário; decorre disto necessariamente, que a jurisdição é aquela que é exercida por Juízes de Direito, dos diversos graus de jurisdição existentes e com as garantias tradicionais da magistratura.

De igual modo está na obra de José Cretela Júnior (*Comentários à Constituição de 1988*. Forense Universitária, 1989. v. 1, p. 436):

Nenhuma lesão a texto de lei poderá ser excluída de apreciação jurisdicional (...) o texto da lei ordinária que declarar a exclusão é eivado de inconstitucionalidade.

O direito à tutela jurisdicional não pode encontrar óbice em uma legislação que fere as premissas do Estado Democrático de Direito.

Nessa linha de pensar, pronuncia-se Luiz Guilherme Marinoni, em “O Direito à Adequada Tutela Jurisdicional” (RT 663/245):

Suprimir o direito constitucional à liminar é o mesmo que legitimar a autotutela privada.

Luiz Orione Neto, em *Liminares no Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante* (2. ed. São Paulo: Método, 2002. p. 406), doutrina sobre o assunto no sentido de que:

No caso específico do mandado de segurança, tido como um remédio constitucional, se examinado através da ótica da efetividade do processo, jamais poderá ser admitido com a supressão do instrumento propício a tutela contra o *periculum in mora*, sob pena de deixar de ser um relevante remédio constitucional posto a serviço do homem, para tornar-se um procedimento contraditório, por pressupor tutela urgente e, ao

mesmo tempo, não dispor de instrumento necessário para realizá-la. Se o *mandamus* requer procedimento célere, a possibilidade da aferição da eventual periclitacão, em virtude do *periculum in mora*, do direito que através dele se visa proteger, evidentemente não pode ser suprimida por norma alguma.

O proceder legislativo, ao adotar as proibições e restrições que acabamos de registrar, não está dando ao mandado de segurança a possibilidade de se constituir em ampla garantia fundamental do cidadão que consagra objetivo de valorizar os postulados do Estado Democrático de Direito, que não permite qualquer ameaça ou violação a direito líquido e certo possuído pelo cidadão.

Registramos ainda que o Superior Tribunal de Justiça dispõe, na Súmula nº 212, que “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar”, bem como que o art. 170-A do CTN dita:

Art. 170-A – É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Alexandre de Moraes, em seu *Direito Constitucional* (8. ed., Ed. Atlas), lembra que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que vedação à concessão de liminares “obstrui o serviço da justiça, criando obstáculos à obtenção da prestação jurisdicional e atentado contra a separação dos poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo” (STF, Pleno, ADIn nº 975-3, Medida liminar, Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 jun. 1997, p. 28.467).

O §1º do art. 7º da Nova Lei do Mandado de Segurança inovou ao determinar que caberá agravo de instrumento da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar, observado o disposto na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

O referido dispositivo acolheu o que vinha sendo defendido pela doutrina, consagrando, sem dúvida nenhuma, a possibilidade de o segundo grau reexaminar, por provocação da parte interessada, se os pressupostos exigidos para a concessão ou denegação de liminar em mandado de segurança estão presentes.

Consagra ainda o §3º do art. 7º comentado que os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença. Entendemos que esses efeitos perdurarão até o julgamento de segundo grau, haja vista que, caso concedido o mandado de segurança com liminar em atividade, haverá, obrigatoriamente, o duplo grau de jurisdição (art. 14, Lei nº 12.016/2009).

Uma nova espécie de prioridade para julgamento do mandado de segurança foi criada pelo §4º do art. 7º, ao determinar que:

Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.

Sem correspondência na legislação anterior. O referido dispositivo busca tornar eficaz o inc. LXXVIII, do art. 5º da Constituição Federal, conforme redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 45.

Por fim, o §5º do art. 7º explicita que as vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

13 Breves considerações doutrinárias sobre a liminar em mandado de segurança

Em se tratando de liminar em mandado de segurança, lembramos que essa entidade processual é uma providência de natureza cautelar que tem objetivo de preservar a possibilidade de satisfação, pela sentença, do direito do impetrante, em face da manifesta ilegalidade ou abuso de direito com que o ato administrativo foi praticado. A sua missão é a de garantir, objetivamente e em tempo útil, a eficiência da decisão final, por não ser possível deixar de se reconhecer que a demora em proferi-la, como em regra acontece, poderia torná-la inócua, em razão da irreparabilidade do dano sofrido.

A concessão da liminar, quando presentes os seus pressupostos para decisão com essa carga positiva, homenageia os princípios da valorização da dignidade humana e da cidadania, que estão postos no art. 1º, incs. II e III, da CF.

Ela nada mais é do que uma fase natural do devido processo legal a ser adotado no procedimento do mandado de segurança, medida processual de natureza constitucional que visa à reparação *in natura* do direito ofendido.

Não se pode conceber a liminar como sendo um prejudgamento do mérito. Ela tem eficácia precária por ficar condicionada ao que for decidido na sentença. O juiz que a concede não tem compromisso em mantê-la quando proferir o julgamento final, por lhe ser assegurado, de modo livre, apreciar, por inteiro, a pretensão apresentada pelo impetrante e decidir como se liminar não tivesse sido concedida.

Há discussão doutrinária sobre a concessão de ofício da liminar. Formada está corrente que defende essa possibilidade, com base no princípio da reserva legal, por a lei não fazer menção a qualquer

requerimento como pressuposto para que a medida seja concedida. O mesmo se diga quanto a sua revogação. Esta pode ser feita de ofício ou mediante provocação da autoridade impetrada ou da pessoa jurídica a que ela está vinculada.

14 Conclusão

Examinamos, sem a profundidade que o assunto merece, os sete primeiros artigos da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, que unificou o procedimento relativo ao mandado de segurança e impôs algumas modificações no sistema processual até então adotado para o seu processamento.

Os demais dispositivos merecem ser trabalhados, o que pretendemos fazer em outra oportunidade, para que a seu respeito seja assentada uma compreensão estável e geradora de confiança por parte dos jurisdicionados.

Em síntese, destacamos, entre outras, na nova legislação a introdução das seguintes regras novas a disciplinar o procedimento do mandado de segurança:

- a) dispõe no §2º do art. 1º que: “Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público”;
- b) o art. 3º determina que: “O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente”. Foi acrescentado a esse artigo o parágrafo único, do teor seguinte: “O exercício do direito previsto no caput deste artigo submete-se ao prazo fixado no art. 23 desta Lei, contado da notificação”, isto é, no prazo de 120 dias;
- c) a obrigatoriedade de, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentar, em juízo, o texto original da petição inicial, em caso de mandado de segurança interposto por telegrama, radiograma, ou qualquer outro meio eletrônico, de conformidade com o parágrafo segundo do art. 4º;
- d) o §3º do art. 4º: “Para os fins deste artigo, em se tratando de documento eletrônico, serão observadas as regras da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil”;
- e) o §3º do art. 6º: “Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”;

- f) o §5º do art. 6º: “Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil;
- g) o inc. II do art. 7º, mandando que o juiz, ao despachar a inicial, “dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da *pessoa jurídica interessada*, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito”;
- h) a faculdade de o juiz exigir caução, depósito ou fiança para conceder liminar (inc. III do art. 7º);
- i) o §1º do art. 7º: “Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil”;
- j) o §4º do art. 7º: “Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento”;
- k) o §3º do art. 14, que permite executar provisoriamente a sentença que conceder o mandado de segurança, salvo nos casos em que for vedada a concessão de liminar;
- l) o art. 17: “Nas decisões proferidas em mandado de segurança e nos respectivos recursos, quando não publicado, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data do julgamento, o acórdão será substituído pelas respectivas notas taquigráficas, independentemente de revisão”;
- m) o art. 18: “Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada”;
- n) os arts. 21 e 22: “Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II – individuais homogêneos, assim

entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante. Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. §1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva. §2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas”;

- o) os arts. 25, 26 e 27: “Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé. Art. 26. Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis. Art. 27. Os regimentos dos tribunais e, no que couber, as leis de organização judiciária deverão ser adaptados às disposições desta Lei no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua publicação”.

Há avanços e retrocessos na Nova Lei do Mandado de Segurança. A doutrina e a jurisprudência irão, pela adoção da via de interpretação de suas normas, adaptando os dispositivos então dispersos e agora concentrados em um só diploma legal, à vontade da Constituição, visando fazer prevalecer os postulados que sustentam o Estado Democrático de Direito, especialmente os que se voltam a valorizar a dignidade humana, a cidadania e a segurança jurídica.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre a Nova Lei do Mandado de Segurança (Arts. 1º ao 7º) – Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. In: ALVIM, Eduardo Arruda *et al.* (Coord.). *O novo mandado de segurança: estudos sobre a Lei nº 12.016/2009*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 317-364. ISBN 978-85-7700-325-9.